

COUR ADMINISTRATIVE

**Numéro 24974C du rôle
Inscrit le 29 octobre 2008**

Audience publique du 5 mars 2009

**Appel formé par
la société anonyme ..., ...,
(anciennement ...)
contre un jugement du tribunal administratif du 24 septembre 2008
(no 23472 du rôle)
en matière d'impôt sur le revenu des collectivités et
d'impôt commercial communal**

Vu l'acte d'appel déposé au greffe de la Cour administrative le 29 octobre 2008 par Maître Daniel PHONG, avocat à la Cour, inscrit au tableau de l'ordre des avocats à Luxembourg, en nom et pour compte de la société anonyme ..., (anciennement ... et plus anciennement encore ...), établie et ayant son siège social à ..., inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ..., représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, contre un jugement rendu en matière d'impôt sur le revenu des collectivités et d'impôt commercial communal par le tribunal administratif en date du 24 septembre 2008, à la requête de l'actuelle appelante tendant à la réformation, sinon à l'annulation des bulletins de l'impôt sur le revenu des collectivités et de l'impôt commercial communal pour l'année 2000 et d'un bulletin d'établissement de la valeur unitaire au 1^{er} janvier 2001, tous émis le 8 juin 2005 par le bureau d'imposition Sociétés 2 ;

Vu le mémoire en réponse déposé au greffe de la Cour administrative le 28 novembre 2008 par Madame le délégué du gouvernement Monique ADAMS ;

Vu le mémoire en réplique déposé au greffe de la Cour administrative le 23 décembre 2008 par Maître Daniel PHONG en nom et pour compte de l'appelante ;

Vu les pièces versées en cause et notamment le jugement entrepris ;

Le conseiller rapporteur entendu en son rapport et Maître Katia URBANI, en remplacement de Maître Daniel PHONG, ainsi que Monsieur le délégué du gouvernement Claude LICK en leurs plaidoiries respectives à l'audience publique du 19 février 2009.

Le 19 octobre 2000, la société anonyme ..., ci-après dénommée « ... », céda la totalité de sa participation dans la société de droit français ..., soit 19.020 actions, au prix de 43.048.460.- LUF.

Le 19 décembre 2001, ... déposa sa déclaration pour l'impôt sur le revenu des collectivités et pour l'impôt commercial communal de l'année 2000, dans laquelle elle déclara avoir réalisé une plus-value exonérée sur cession de participation importante d'un montant de 30.219.426.- LUF.

Par courrier du 12 décembre 2003, émis sur base du paragraphe 205 (3) de la loi générale des impôts du 22 mai 1931, communément appelée « *Abgabenordnung* », en abrégé « *AO* », le bureau d'imposition Sociétés 2 de la section sociétés du service d'imposition de l'administration des Contributions directes, ci-après dénommé le « *bureau d'imposition* », adressa à ..., les projets d'imposition en vue de l'établissement de l'impôt sur le revenu des collectivités et de l'impôt commercial communal pour l'année 2000, tout en l'invitant à formuler ses objections éventuelles avant le 12 janvier 2004. Le projet d'imposition pour l'impôt sur le revenu des collectivités de l'année 2000 comporta l'information suivante : « ... *L'exonération de la plus-value s'applique uniquement aux titres achetés en 1998. Pour les autres titres, la condition de détention n'est pas remplie.* »

... prit position par rapport à ces projets d'imposition à travers un courrier de la S.à r.l. ... du 9 janvier 2004, complété par un courrier du 22 janvier 2004.

Le 8 juin 2005, le bureau d'imposition émit à l'égard de ... les bulletins de l'impôt sur le revenu des collectivités et de l'impôt commercial communal pour l'année 2000, ainsi que le bulletin d'établissement de la valeur unitaire au 1^{er} janvier 2001. Le bureau d'imposition fixa ainsi à l'égard de ... les cotes de l'impôt sur le revenu des collectivités et de l'impôt commercial communal en maintenant le refus de l'exonération de la plus-value réalisée par ... du fait de la cession de 8.988 actions de la société ... S.A..

Par lettre de la société ... S.à r.l. du 5 juillet 2005, régularisée par une lettre du 18 juillet 2005, ... introduisit une réclamation auprès du directeur de l'administration des Contributions directes, désigné ci-après par le « *directeur* », contre les trois bulletins précités du 8 juin 2005.

Une demande de sursis à exécution présentée dans le cadre de la réclamation du 5 juillet 2005 fut rejetée par décision du préposé du bureau d'imposition du 13 juillet 2005.

Le 1^{er} septembre 2005, ... fit parvenir au bureau d'imposition des annexes rectificatives du formulaire-modèle 506A pour les années 1998 à 2000 concernant sa participation détenue dans la société ... S.A..

Par lettre du 13 septembre 2005, le préposé du bureau d'imposition informa le mandataire de ... que la remise d'annexes rectificatives restait sans conséquences pratiques pour le bureau d'imposition, au motif que les impositions des années 1998 et 1999 étaient coulées en force de chose décidée et que l'imposition de l'année 2000 faisait l'objet d'une réclamation.

A défaut de réponse de la part du directeur, ... introduisit, par courrier de son mandataire du 7 juin 2006, un « *recours gracieux* » auprès du directeur tendant au « *réexamen* » de sa situation au regard de son imposition pour l'année 2000.

Par lettre du 6 mars 2007, le directeur invita ... à lui soumettre le contrat de cession des parts sociales de ... S.à r.l. du 28 novembre 1997 ainsi que le « *traité de fusion* » des sociétés ...S.A. et ... S.à r.l..

Restant toujours sans décision expresse du directeur à la suite de sa réclamation du 5 juillet 2005 à l'encontre des trois bulletins d'impôt du 8 juin 2005, ... saisit le tribunal administratif, par requête déposée le 28 septembre 2007, d'un recours contentieux tendant à la réformation, sinon à l'annulation des bulletins prévus de l'impôt sur le revenu des collectivités et de l'impôt commercial communal pour l'année 2000, ainsi que du bulletin d'établissement de la valeur unitaire au 1^{er} janvier 2001.

Par jugement du 24 septembre 2008, le tribunal administratif, reçu en la forme le recours principal en réformation ; déclara irrecevable le recours subsidiaire en annulation ; au fond, déclara non justifié le recours en réformation de ... et l'en débouta avec mise des frais de l'instance à sa charge.

En ce qui concerne les faits de l'espèce, le tribunal retint que par convention de cession datée du 28 novembre 1997, la société anonyme de droit français ... avait cédé à la société française ... S.à r.l. 2.247 parts sociales dans le capital de la société ... S.à r.l. au prix de 200 francs français la part ; que ce contrat prévoyait une clause résolutoire, aux termes de laquelle la cession était résolue de plein droit en cas de non-respect par la société ... ou l'un de ses représentants de son obligation contractuelle de se porter caution solidaire lorsque l'un des dirigeants représentant ... dans la S.à r.l. ... se serait porté caution personnelle en l'octroi d'un concours bancaire en faveur de la société ... S.à r.l. ; que par ailleurs le 26 avril 1999, la société française ... a fusionné (fusion absorption) avec la société ... S.à r.l., impliquant que la société ... obtint, en échange de ses 2.247 parts sociales dans la société ... S.à r.l., 8.988 actions de la société ... (il a été précisé que ces actions nouvellement créées portent « *jouissance en date du 1^{er} janvier 1999* »), la parité d'échange étant de 4 actions ... contre une part sociale dans la S.à r.l. ... ; qu'il ressortait du protocole d'accord signé le 10 septembre 1999 entre ... et la société ... S.à r.l. que suite au refus de cette dernière, au mépris de ses obligations contractuelles, de cautionner le dirigeant de la société ... S.à r.l., ce dernier avait mis en œuvre la clause résolutoire prévue dans la convention de cession précitée du 28 novembre 1997 et que le litige en résultant avait été solutionné par un accord aux termes duquel « *la société ... cède à la société ... 8.988 actions qu'elle détient dans la société ... S.A. (ex ...)* », au prix de 449.000 francs français qui représente le prix de cession consenti par la société ... lors de la cession en 1997, étant précisé que les parties en litige avaient en outre convenu le paiement au cédant d'« *un complément de prix au titre des actions acquises ce jour* », à calculer sur une base de 15 % du prix de vente de la totalité de la participation dans la société ... S.A. à un investisseur tiers.

Les premiers juges en dégagèrent que ... ne détenait pas les 8.988 actions de la société ... S.A. depuis le 1^{er} janvier 1999, mais uniquement depuis la cession intervenue en vertu du susdit protocole d'accord du 10 septembre 1999, de sorte que pour ces actions, il ne pouvait pas être retenu qu'elles avaient été détenues pendant une période de douze mois au moins précédant le début de l'exercice de l'aliénation.

Par requête déposée au greffe de la Cour administrative le 29 octobre 2008, ... a interjeté appel contre le jugement précité du 24 septembre 2008.

L'appelante fait exposer qu'au cours de l'année 1998, elle aurait acquis 9.994 actions, soit 99,94% du capital social de la société de droit français ... S.A. et que, dans sa déclaration d'impôt pour l'année 1998, elle aurait indiqué qu'elle détenait, à la date du 31 décembre 1998, 99,94% du capital social de ladite société. Elle fait expliquer que la société française ... S.A. aurait elle-même détenu une filiale de droit français, la société ... S.à r.l., spécialisée dans le nettoyage de locaux, qu'elle aurait, le 28 novembre 1997, signé une convention avec la société française ... S.à r.l., par laquelle elle cédait 50% du capital social de la société ... S.à r.l., que la convention de cession aurait comporté une clause résolutoire laquelle pouvait être actionnée à tout moment et qu'au cours de l'année 1998, la société ... S.A. aurait fait jouer cette clause résolutoire, de sorte qu'à la date du 31 décembre 1998, la société ... S.à r.l. n'aurait toujours pas été considérée comme associée de la société ... S.à r.l..

... fait ensuite exposer qu'au mois de février 1999, elle aurait « *par volonté de simplification de l'organisation du groupe* » fusionné la société française ... S.A. et la société française ... S.à r.l., la première devant absorber la seconde, pour n'en faire qu'une seule société, dénommée « ... S.A. », avec effet au 1^{er} janvier 1999. Ainsi, elle aurait détenu, à la date du 1^{er} janvier 1999, l'entière du capital social de la société issue de la fusion ... S.A.. Comme le litige entre la société ... S.à r.l. et ... S.A. n'aurait pas été terminé au jour de la fusion, la société ... S.à r.l. aurait estimé être propriétaire, à la suite de la fusion, des 8.988 actions nouvellement créées par augmentation du capital social de la nouvelle société ... S.A. en échange de ses 2.247 parts sociales détenues dans la société absorbée ... S.à r.l., en vertu de la parité d'échange de 4 actions dans la nouvelle société ... S.A. contre 1 part sociale détenue dans l'ancienne société ... S.à r.l.. Le litige aurait ensuite été réglé, en date du 10 septembre 1999, moyennant la signature d'un accord transactionnel entre ... et la société ... S.à r.l., en vertu duquel ... reprenait les engagements de sa filiale et notamment le litige avec la société ... S.à r.l. et qui prévoyait la résolution définitive de la vente des parts sociales de la société ... S.à r.l. à la société ... S.à r.l.. Il s'en suivrait qu'avec effet au 1^{er} janvier 1999, les 8.988 actions nouvellement créées à l'issue de la fusion revenaient de droit à Ainsi, ... aurait détenu, à la date du 1^{er} janvier 1999, les 18.982 actions, soit 99,80% du capital social de la société ... S.A., qu'elle aurait ensuite cédé le 1^{er} octobre 2000 en réalisant une plus-value.

Soutenant que les conditions de l'article 166 de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu, en abrégé « *LIR* », seraient remplies en l'espèce, l'appelante estime être en droit de prétendre à l'exonération de la plus-value réalisée sur la cession de sa participation.

Il est reproché aux premiers juges d'avoir mal apprécié le protocole d'accord du 10 septembre 1999 « *en s'en tenant uniquement et strictement aux termes qui sont utilisés* » et d'avoir méconnu la commune intention des cocontractants de voir rétroagir ses effets.

Dans cet ordre d'idées, l'appelante insiste sur ce qu'il se dégagerait dudit protocole d'accord que les parties seraient accord sur les points suivants :

« - ... (... Luxembourg) détient directement ... S.A. et est donc venue dans ses droits et par conséquent ... a repris ceux de ... Sàrl (société absorbée dans la fusion).

- La clause résolutoire est mise en œuvre au profit de ... (...).

- ... accepte que celle-ci bénéficie de la clause résolutoire ».

Par ailleurs, la commune intention des parties aurait été de trouver une solution pour sortir de leur litige par la mise en œuvre de la clause de résolution avec en prime un dédommagement consenti à ... consistant dans « le complément de prix ».

Ainsi, « la qualification du protocole d'accord importe peu, qu'il s'agisse d'une cession d'action ou de la mise en œuvre d'une clause de résolution car les cocontractants ont voulu remettre les choses dans leur pristin état de 28 novembre 1997. Cependant, les textes fiscaux français limitent la portée et les effets de la rétroactivité contractuelle au début de l'exercice en cours, à savoir le 1^{er} janvier 1999 ».

Il conviendrait par conséquent de dégager des éléments de la cause qu'à compter du 1^{er} janvier 1999, l'appelante avait la jouissance économique et exclusive des actions en question et d'en conclure que les bulletins de l'impôt sur le revenu des collectivités et de l'impôt commercial communal pour l'année 2000 et le bulletin d'établissement de la valeur unitaire au 1^{er} janvier 2001, tous émis le 8 juin 2005 par le bureau d'imposition Sociétés 2, seraient à réformer, sinon à annuler.

Dans son mémoire en réponse, le délégué du gouvernement conclut en premier lieu à l'irrecevabilité de l'appel, au motif qu'en violation de l'article 41 (1) de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives, la requête d'appel ne contiendrait pas un relevé des pièces dont l'appelante entend faire état.

Au fond, le délégué conclut à la confirmation du jugement *a quo*. Il estime plus particulièrement que ce serait à juste titre que les premiers juges ont confirmé la décision du bureau d'imposition selon laquelle la condition de la durée de détention pour pouvoir bénéficier de l'exonération de la plus-value sur cession de participation importante n'était pas remplie en l'espèce et qu'il a refusé d'accorder l'exonération de la plus-value en ce qui concerne les 8.988 actions litigieuses dans la société ... S.A.

Dans sa réplique, l'appelante fait valoir que le moyen d'irrecevabilité lui opposé ne serait pas fondé, au motif que toutes les pièces seraient numérotées et auraient été énoncées et listées dans le corps même de la requête d'appel et que toutes ces pièces auraient été déposées au greffe de la Cour administrative le 29 octobre 2008 ensemble avec la requête d'appel.

Elle développe encore son argumentaire, insistant sur ce que la société ... n'aurait pas été impliquée dans les opérations de fusion, comme le ferait valoir le délégué du gouvernement, de même qu'il serait faux de suivre le délégué en son raisonnement, lequel serait vicié à sa base par le fait qu'il passerait outre la volonté des parties de faire rétroagir les effets de leur convention « *protocole d'accord* » au 1^{er} janvier 1999.

Or, comme la propriété économique des titres lui serait pleinement revenue, à compter du 1^{er} janvier 1999 et pour tout l'exercice de l'année 1999, elle en aurait eu la jouissance pleine

et entière depuis lors, la durée de détention pour pouvoir bénéficier de l'exonération de la plus-value sur cession de participation importante étant de ce fait remplie et l'exonération de la plus-value réalisée de droit.

Il convient en premier lieu d'écarter le moyen d'irrecevabilité de l'appel soulevé par le délégué du gouvernement et tiré de l'absence d'un relevé des pièces contenu dans la requête d'appel pour être dénué de fondement.

En effet, même abstraction faite de ce que ni la loi précitée du 21 juin 1999, ni aucune autre disposition légale ou réglementaire, ne contient une sanction expresse au cas où il ne serait pas satisfait à cette obligation légale et qu'en vertu de l'article 29 de la loi précitée du 21 juin 1999 *« l'inobservation des règles de procédure n'entraîne l'irrecevabilité de la demande que si elle a pour effet de porter effectivement atteinte aux droits de la défense »*, de sorte qu'il s'ensuit qu'à l'exception du cas où le fait de ne pas inclure le relevé des pièces dont un appelant entend se servir dans la requête d'appel a entraîné une lésion des droits de la défense, cette inobservation de la règle légale telle que posée par l'article 41 (1) de la loi précitée du 21 juin 1999 n'est pas de nature à entraîner l'irrecevabilité du recours et qu'en l'espèce, il échet de relever que les pièces déposées à l'appui de la requête d'appel ont été déposées au greffe de la Cour administrative le même jour que celui auquel a eu lieu le dépôt de la requête en question, partant à une date utile pour que la partie intimée puisse y prendre position et que la partie intimée n'a fait état d'aucune lésion de ses droits de la défense, une telle lésion ne se dégageant d'ailleurs pas des pièces et éléments du dossier, force est d'insister sur ce que l'appelant a parfaitement satisfait à l'exigence légale en question, étant donné que dans sa requête d'appel, lorsqu'il entend prendre appui sur telle ou telle pièce de sa farde de pièces, l'appelant renvoie à la pièce en question, en précisant à chaque fois le numéro qu'elle porte et que sur la farde de pièces, accompagnant la requête d'appel, figure un inventaire complet des pièces y contenues.

Aucun autre moyen d'irrecevabilité n'ayant été invoqué en cause, l'appel est partant recevable pour avoir été introduit par ailleurs dans les formes et délai de la loi.

Au fond, c'est à bon escient que les premiers juges ont situé le cadre juridique du litige soumis à leur appréciation par rapport à l'article 166 LIR, dans sa version applicable à l'année d'imposition 2000, ensemble l'article 1^{er} du règlement grand-ducal du 24 décembre 1990 portant exécution de l'article 166 alinéa 5 b) de la loi du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu, qui dispose que *« lorsqu'une société de capitaux résidente pleinement imposable cède des titres d'une participation directe dans le capital social d'une autre société de capitaux, le revenu dégagé par la cession est exonéré à condition que les titres aient été détenus pendant une période de douze mois au moins précédant le début de l'exercice de l'aliénation et que la participation ait représenté pendant toute cette période 25 pour cent au moins du capital social de la filiale ou que son prix d'acquisition ait été d'au moins 250 millions de francs. En outre, la filiale doit être un contribuable résident pleinement imposable ou une société de capitaux non résidente pleinement imposable à un impôt*

correspondant à l'impôt sur le revenu des collectivités ». C'est encore à juste titre qu'ils ont estimé que sur cette toile de fond, il s'agit d'examiner en substance si, au moment de la réalisation de la plus-value taxée par le bureau d'imposition Sociétés 2, les 8.988 actions nouvelles créées par l'effet de la fusion des sociétés ... et ... S.à r.l. ont été détenues « *pendant une période de douze mois au moins précédant le début de l'exercice de l'aliénation* », c'est-à-dire qu'il y a lieu de se prononcer sur la question de savoir si, pour lesdits titres, la condition de la durée de détention, telle que prévue à l'article 1^{er} du règlement grand-ducal du 24 décembre 1990, précité, est remplie ou non.

Ceci étant, sur le vu des faits de la cause qui sont les mêmes que ceux soumis aux juges de première instance, la Cour arrive encore à la conclusion que les premiers juges les ont appréciés à leur juste valeur et en ont tiré des conclusions juridiques exactes.

La Cour partage en effet l'appréciation des premiers juges en ce qu'ils ont dégagé des éléments d'appréciation soumis en cause que s'il se dégage du protocole d'accord du 10 septembre 1999 que le dirigeant de la société ... S.à r.l. a entendu mettre en œuvre la clause résolutoire, il n'en reste pas moins que la résolution rétroactive de la cession des 2.247 parts sociales ... S.à r.l. ne s'en est cependant pas suivie. En effet, il ressort des termes mêmes du protocole d'accord que c'est par la suite que la société ... « *cède* » à la société ... les 8.988 actions ... S.A. issues de la fusion et qu'il est même prévu de payer au cédant « *un complément de prix au titre des actions acquises ce jour* », à calculer sur une base de 15 % du prix de vente de la totalité de la participation dans la société ... S.A. à un investisseur tiers.

Force est donc de constater que la propriété économique exclusive desdites 8.988 actions de la société ... S.A. n'est venue entre les mains de ... que par l'effet de la signature de l'accord transactionnel du 10 septembre 1999, étant relevé non seulement que le protocole d'accord signé à ladite date parle indubitablement de *cession* par la société ... S.à r.l. des 8.988 actions émises lors de la fusion et d'un *supplément de prix* par rapport au prix de cession initial, mais encore et surtout que lesdites actions ne reviennent pas au cédant initial, mais qu'elles sont transmises directement entre les mains de sa société mère.

Cette conclusion s'impose au regard des différents éléments ci-avant relevés et elle n'est pas ébranlée par le seul fait que le protocole d'accord prévoit ou implique également certains effets rétroactifs au 1^{er} janvier 1999. D'ailleurs, sans préjudice d'une jouissance rétroactive de certains droits, la réalité économique de l'opération est telle qu'entre le 1^{er} janvier 1999 et l'accord transactionnel du 10 septembre 1999, ... n'a pas effectivement détenu les 8.988 actions, état des choses qui est pourtant requis par l'article 1^{er} du règlement grand-ducal précité du 24 décembre 1990 en vue de l'exonération de la plus-value sur cession réalisée par la suite.

Il s'ensuit que l'appel n'est pas justifié et que le jugement entrepris est à confirmer dans toute sa teneur.

Par ces motifs,

la Cour, statuant à l'égard de toutes les parties,

reçoit l'appel du 29 octobre 2008 en la forme,

le dit non fondé et en déboute,
partant **confirme** le jugement entrepris du 24 septembre 2008,
condamne l'appelante aux frais de l'instance.

Ainsi délibéré et jugé par :

Henri CAMPILL, premier conseiller,
Serge SCHROEDER, conseiller,
Lynn SPIELMANN, conseiller,

et lu par le premier conseiller en l'audience publique à Luxembourg au local ordinaire des audiences de la Cour à la date indiquée en tête, en présence du greffier en chef de la Cour Erny MAY

s..MAY

s.CAMPILL

Reproduction certifiée conforme à l'original
Luxembourg, le 5 mars 2009
Le greffier de la Cour administrative